

O Princípio da *Less Eligibility*, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores

Patrick Lemos Cacicedo

Defensor Público do Estado de São Paulo. Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Messtrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.

1 – O PRINCÍPIO DA *LESS ELIGIBILITY* E O CIDADÃO DE SEGUNDA CATEGORIA

Enquanto mecanismo de produção de sofrimento por meio da privação de liberdade e restrição de direitos, a prisão, desde sua origem até os dias atuais, conta com discursos de diversas ordens que tentam a legitimar, a despeito da revelação histórica de todas as mazelas. Ao lado das teorias que justificam essa forma de punição pelas suas funções declaradas de prevenção do crime, sejam as de caráter geral ou especial, permanece em prática um discurso que expõe a prisão em seus aspectos materiais: a *less eligibility*.

Desenvolvido no Reino Unido, a partir do *Poor Law Amendment Act*, de 1834, o princípio da *less eligibility* determina que as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livres para que preserve seu caráter punitivo e se mantenha devidamente dissuasor diante do custo da opção de delinquir. Com relevante apoio político latente, o princípio revela a realidade da política criminal e penitenciária brasileira em seu percurso histórico.

Com a afirmação histórica dos direitos humanos e o destaque de seu caráter universal, o princípio da *less eligibility* encontrava dificuldades de sustentação oficial e declarada, razão pela qual foi substituído por construções teóricas de caráter mais moderno que tentavam uma vez mais legitimar a diferenciação social no tocante à efetivação de direitos das pessoas presas. Cumpriram esse papel a doutrina alemã da “supremacia especial”, que justificava a existência de espaços livres do direito e regulados por uma relação de sujeição, e a teoria americana das “*hands-off*”, que defendia a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera de relações reguladas exclusivamente pela Administração Pública, de modo a abonar a omissão jurisdicional na execução da pena¹.

De fato, às degradantes condições de aprisionamento no Brasil soma-se a omissão do Poder Judiciário em sua função de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, VII e VII, da Lei de Execução Penal). A ausência de intervenção diante da cotidiana violação da dignidade humana confirma o predicado do cárcere como “espaço de não direito”² e a legitimação daquilo que se denominou como a construção jurídica do cidadão de segunda categoria³.

As constantes violações aos mais básicos direitos fundamentais decorrentes das condições de aprisionamento no Brasil corroboram a condição de cidadão de segunda categoria que é emprestada à pessoa presa. O cárcere se apresenta concretamente como um *locus* de relativização da universalidade característica dos direitos humanos, em verdadeira manifestação do estado de exceção no sentido atribuído por Giorgio Agamben⁴.

2 – A CRISE DE LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Por constituir a manifestação do poder punitivo por excelência, a execução da pena deve se submeter a limites próprios dos mecanismos de coerção punitiva. Todavia, o reconhecimento de garantias constitucionais

1 Sobre as duas construções teóricas mencionadas, cf. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 235 e ss.; PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad**. Quito: Flacso, 2009, p. 127 e ss.

2 Cf. PAVARINI, *op. cit.*, 2009, p. 127 e ss.

3 Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos**. *La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

4 Para o autor, o “estado de exceção” não se contrapõe temporalmente ou territorialmente ao estado de direito. Ao contrário, o estado de exceção permeia o estado de direito, mostrando o real poder soberano nas brechas onde as normas têm sua vigência suspensa. Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo: 2003.

contra o poder punitivo ainda não se revela concretamente na execução penal brasileira, especialmente o princípio da legalidade.

A execução da pena no Brasil, notadamente a institucionalizante, representa o exercício do poder punitivo à margem da legalidade em diversos aspectos, constituindo terreno de manifestação constante do sistema penal subterrâneo⁵. A imposição de sofrimento para além do que já lhe é estrutural se verifica tanto na omissão do Estado em cumprir com as determinações positivas de normas nacionais e internacionais de direitos humanos aplicáveis às condições materiais do aprisionamento, quanto no que se refere às práticas violentas de agentes estatais com relação às pessoas presas, especialmente a tortura e maus tratos de toda ordem. O sistema penal subterrâneo encontra solo fértil para manifestação diante da clausura própria da prisão, bem como pela precária fiscalização exercida pelos órgãos competentes e pelo diminuto controle social e comunitário exercido sobre esse ambiente.

Por outro lado, a inobservância da legalidade na execução penal também atinge seu sentido propriamente penal de proteção do cidadão frente ao poder punitivo, conhecido secularmente pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* e seus conseqüências.

Nesse sentido, é comum que se justifique a inaplicabilidade do princípio da legalidade e das demais garantias constitucionais a partir da natureza que se atribui às normas da execução penal, seja classificando-as como normas administrativas, seja como processuais, ou mesmo na figura do direito penitenciário. Retirar o caráter penal das normas que regulam a execução da pena tem sido um recurso historicamente utilizado para legitimar todo tipo de arbitrariedade no momento máximo de manifestação do poder punitivo, sendo certo que “as regulações raramente logram limitar de modo eficaz atos de imposição de sofrimento, mas com frequência se cingem a privilegiar exclusivamente a ordem nas instituições totais.”⁶

Diante da produção de sofrimento que se produz por meio da pena, cumpre ao direito o papel de contenção do poder punitivo e promoção da liberdade. Limitar os efeitos degradantes e estigmatizantes da pena é um escopo que só se possibilitará alcançar com o reconhecimento do caráter

5 Sobre o sistema penal subterrâneo, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** - I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69-70.

6 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, 2003, p. 296. Prosseguem na crítica os mesmo autores: “o direito penal constrói uma teoria da coerção que tem por objeto conter o poder punitivo no momento declarativo (a individualização judicial), mas não abarca sua realização total sobre a pessoa no mundo (a mal chamada **individualização penitenciária**)”

penal das normas que representem o exercício do poder punitivo sobre pessoas criminalizadas durante a execução da pena.

O conjunto de normas mais sensível à produção de efeitos pelo poder punitivo, visto que mais relacionado diretamente à liberdade, é representado pelas regras que preveem os direitos subjetivos na execução penal (progressão de regime de cumprimento de pena, livramento condicional, remição, indulto, comutação etc.), e por aquelas que regulam as faltas disciplinares.

A predominância dos valores de ordem e disciplina na execução penal aliada à consideração dos direitos subjetivos a ela inerentes como “benefícios” concedidos pelos operadores do direito, fazem com que as normas acima descritas se relacionem a todo tempo em caráter de dependência, já que é o fator disciplinar que determinará a possibilidade de conquista dos direitos e a consequente redução da intensidade do sofrimento da pena. A relação direta dessas normas com a liberdade da pessoa criminalizada não deixa dúvida acerca do seu caráter penal e da consequente necessidade de respeito às garantias constitucionais de contenção do poder punitivo.

3 – OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Se, com relação às condições materiais de aprisionamento, poder-se-ia questionar até que ponto a omissão do Poder Judiciário constituiria ou não um exercício de legitimação do princípio da *less eligibility* em virtude da necessária divisão de responsabilidade com outras esferas de poder, quando se observa o objeto do problema à luz do princípio da legalidade penal, o referido questionamento ganha feições mais concretas. É que, no primeiro caso, tal como ocorre no debate relativo à efetivação dos direitos sociais, cumpriria ao Poder Judiciário determinar a outras esferas de poder a efetivação de direitos, o que não ocorre no segundo caso, em que a garantia do princípio da legalidade depende tão somente da atividade do órgão jurisdicional.

Na execução penal brasileira, o princípio da legalidade tem previsão expressa na seara das faltas disciplinares. Com efeito, o art. 45 da Lei de Execução Penal prevê a anterioridade de previsão normativa da falta para a possibilidade de sanção disciplinar. Os efeitos concretos que uma san-

ção disciplinar implicam na esfera de liberdade da pessoa criminalizada, de fato, reclamam o reconhecimento da natureza penal das normas que disciplinam a matéria, com a consequente aplicação das garantias constitucionais de proteção do indivíduo contra o poder punitivo.

Ademais, os Tribunais Superiores já reconheceram a aplicação do princípio da legalidade na interpretação das normas que regulam os direitos subjetivos na execução penal. Após a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos, que demandavam o regime integralmente fechado⁷, foi editada a Lei Federal nº 11.464/2007, que alterou os lapsos temporais para a progressão de regime nessa categoria de crimes. Ao agravar o requisito temporal para a progressão de regime em crimes hediondos e com a resistência de se reconhecer a aplicação do princípio da legalidade em seu aspecto da anterioridade por parte dos juízes e tribunais dos Estados, os Tribunais Superiores editaram súmulas de jurisprudência dominante que reconheceram o caráter penal dessas normas⁸.

Todavia, a despeito da previsão expressa da legalidade das faltas disciplinares e do reconhecimento jurisprudencial da natureza penal da normativa que regula a progressão de regime enquanto espécie de direito subjetivo da execução penal, o alcance que o princípio da legalidade registra na fase executiva da pena é extremamente limitado e distinto daquele que se dá nas demais esferas de atuação do poder punitivo.

De fato, a aplicação da legalidade na execução penal brasileira restringe-se, quando muito, à disposição literal prevista no texto constitucional, que representa a faceta da anterioridade. As demais decorrências do princípio da legalidade, como a taxatividade e a proibição do uso da analogia em prol do exercício do poder punitivo, não encontram amparo na jurisprudência pátria. A *less eligibility* na aplicação do princípio da legalidade na execução penal encontra amparo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se demonstrará nos exemplos que seguem.

3.1 - O exame criminológico na progressão de regime de cumprimento de pena: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

Fundada sob o viés ideológico da prevenção especial positiva, a Lei de Execução Penal trouxe em seu texto original mecanismos de atuação

⁷ STF, j. 22 fev. 2006, HC 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁸ STF, Súmula Vinculante nº 26; STJ, Súmula 471.

do corpo técnico por meio de exames e laudos destinados a cumprir os fins declarados da pena. Especialmente no que se refere aos direitos subjetivos da execução penal, como a progressão de regime, a lei exigia que sua análise deveria ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

A prática histórica dos pareceres e laudos destinados a fornecer elementos para a decisão judicial sobre os direitos subjetivos da execução penal demonstrou a forte influência da criminologia de viés médico-psicológico e a consequente legitimação de um padrão moralista edificado na suposta recuperação dos sujeitos criminalizados⁹. A elaboração dos laudos fundada na avaliação e julgamento pseudocientífico da personalidade dos sujeitos criminalizados reforçava a construção e a consolidação de estereótipos¹⁰ com a consequente e constante negativa dos referidos direitos, vez que não raro eram dotados de prognose delitiva.

O discurso clínico-disciplinar na execução penal, no entanto, perdeu força com o advento Lei Federal nº 10.792/03, que excluiu a exigência dos referidos laudos na análise dos direitos subjetivos da execução penal. A partir de então, ao lado do lapso temporal, exigia-se para a progressão de regime tão somente que o sentenciado ostentasse bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, conforme a redação vigente do art. 112 da Lei de Execução Penal.

A despeito da natureza materialmente penal das normas que regem a progressão de regime, a exclusão da previsão legal do exame criminológico para a progressão de regime não representou na práxis dos tribunais significativas alterações. A exigência de laudo da equipe técnica sobre a personalidade do sujeito e sua prognose delitiva, agora denominado genérica e incorretamente de exame criminológico, continuou quase que como uma norma costumeira.

A possibilidade de se exigir o exame criminológico e utilizá-lo para negar o direito à progressão de regime constitui clara violação à mais básica formulação do princípio da legalidade, pois há mais de dez anos o legislador brasileiro excluiu a elaboração de laudos desse tipo como requisito para os direitos subjetivos da execução penal.

9 CARVALHO, Salo de. "O (Novo) Papel dos 'Criminólogos' na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03". In, CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168.

10 BATISTA, Vera Malagutti. "O proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica". In, **Discursos Sedi-ciosos**, v. 03. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997, p. 77.

Não obstante, os Tribunais Superiores confirmaram a violação da legalidade através de súmulas de jurisprudência dominante¹¹ e terminaram por corroborar a exigência do chamado exame criminológico, ainda que de modo mais limitado, na execução penal brasileira.

3.2 – A interrupção do lapso temporal para progressão de regime de cumprimento de pena pela prática de falta grave no regime fechado: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

Para a progressão de regime, deve o sentenciado cumprir determinado lapso temporal de pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, conforme o já citado art. 112 da Lei de Execução Penal. No caso da pessoa que tenha iniciado o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, a regressão de regime poderá determinar o reinício da contagem do lapso temporal, diante da exigência legal de seu cumprimento no “regime anterior”. Porém, para além dessa hipótese, não há disposição legal que determine a interrupção do lapso temporal para a progressão de regime.

Contudo, restou consolidada na jurisprudência uma interpretação extensiva do art. 112 da Lei de Execução Penal, que determina a interrupção do lapso temporal para os casos de regressão de regime, ainda que aquele lapso já tenha sido cumprido no regime anterior, como no caso de uma pessoa que tenha iniciado o cumprimento de pena em regime fechado, progredido para o regime semiaberto e, neste, tenha sido condenada pela prática de falta grave. Assim, prevaleceu a violação à legalidade penal e a consequente interpretação extensiva do dispositivo citado, no sentido de que o cumprimento de pena “no regime anterior” sempre deve ser renovado para a próxima progressão de regime, ou seja, o lapso temporal reiniciaria sua contagem como decorrência lógica de ser o novo regime de cumprimento de pena anterior àquele para o qual se deseja novamente progredir. Desta maneira, se o sentenciado comete uma falta grave no cumprimento de pena em regime semiaberto e, como consequência, tem determinada a regressão do regime prisional para o fechado, deve cumprir novamente o lapso temporal neste regime a partir da referida regressão.

¹¹ STF, Súmula Vinculante nº 26; STJ, Súmula 439.

Todavia, quando a falta grave é cometida no cumprimento de pena em regime fechado, podem ser aplicadas todas as consequências previstas na Lei de Execução Penal, como o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos, além da perda de dias remidos, mas não se aplica, por impossibilidade lógica, a regressão de regime. Com isso, se a prática de falta grave ocorre durante o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, a regressão de regime determinará, pela interpretação extensiva acima referida, o reinício da contagem do lapso temporal para a futura progressão de regime, o que não se verifica na hipótese de falta grave cometida no regime fechado, diante da inocorrência da regressão de regime.

Por isso, quando a falta grave é cometida durante o cumprimento de pena em regime fechado, diante da inocorrência de regressão de regime, o lapso temporal para a progressão de regime não é interrompido, de modo que se aplicam apenas as consequências legais do cometimento da falta disciplinar.

Diante de uma suposta desigualdade no tratamento das consequências da prática de falta grave, que determinariam o reinício da contagem do lapso temporal para progressão de regime somente quando cometidas em regime aberto ou semiaberto, vislumbrou-se a hipótese de estender a referida consequência aos casos de falta grave praticadas em regime fechado, mesmo diante da ausência de previsão legal para tanto.

Trata-se, na verdade, de um recurso à analogia de uma interpretação extensiva da Lei de Execução Penal em prejuízo do sentenciado, que ganhou reconhecimento tanto no Supremo Tribunal Federal¹², quanto no Superior Tribunal de Justiça¹³, muito embora, neste, o entendimento contrário tenha perdurado por algum tempo na 6ª Turma, justamente sob o fundamento da proibição da analogia *in malam partem*. Discursivamente, a utilização da analogia é negada sob o manto da interpretação sistemática da Lei de Execução Penal, mas, no plano concreto, o que se verifica é um escape retórico para a utilização da analogia em violação direta ao princípio da legalidade.

12 STF, j. 22 fev. 2011, HC 106.865-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

13 STJ, j. 28 mar. 2012, EREsp 1.176.486-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

3.3 – A posse de aparelho de telefonia celular – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

A despeito da previsão expressa do princípio da legalidade na seção que regula a disciplina na Lei de Execução Penal, a taxatividade nunca foi uma característica presente na tipificação das faltas graves. De fato, a normatização das faltas disciplinares na redação original da Lei de Execução Penal se mostra nitidamente vaga e imprecisa, o que sempre deu azo ao arbítrio durante o curso da execução penal no Brasil.

A única falta disciplinar de natureza grave adicionada ao texto original da Lei de Execução Penal foi aquela trazida pela Lei Federal nº 11.466/07, que dispôs sobre a proibição da posse de aparelho telefônico ou semelhantes. Ao contrário da normatização original da Lei de Execução Penal, e sem adentrar na análise da legitimidade ou acerto do legislador quanto à necessidade da inovação, a nova falta disciplinar observou de maneira tardiamente pioneira a taxatividade penal. Com efeito, o tipo disciplinar demanda não só a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, senão que exige também que o referido aparelho tenha capacidade de comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Acostumados a um ambiente em que a legalidade jamais esteve presente, os Tribunais não souberam lidar com o caráter taxativo da nova norma disciplinar. Diante de um novo contexto que com atraso surgia, a possibilidade de extensão aos demais tipos disciplinares da garantia da taxatividade se apresentava como uma esperança de contenção do arbítrio que rege a execução penal. Entretanto, diante do caminho que se abria, optou-se pelo retorno às velhas concepções inquisitoriais.

A interpretação que se consolidou nos Tribunais Superiores ignorou por completo a taxatividade da norma: para aplicação da falta disciplinar dispensou-se até mesmo a necessidade de se tratar de aparelho e, por consequência, de sua capacidade de comunicação¹⁴. Ainda que a previsão legal tenha sido taxativa, a interpretação judicial esvaziou todo o conteúdo da norma, que uma vez mais torna-se incapaz de limitar o poder punitivo na execução penal.

14 Conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os componentes isolados dos aparelhos de telefonia celular são abrangidos pelo tipo disciplinar, como o chip, por exemplo. Nesse sentido, cf. STF, j. 08 out. 2013, RHC 117.985 - DF, Rel. Min. Rosa Weber. No Superior Tribunal de Justiça a situação é ainda mais grave, pois há precedentes de que até mesmo partes não constitutivas dos aparelhos estariam abrangidas na norma disciplinar, como o carregador do aparelho. Nesse sentido, cf. STJ, j. 07 nov. 2013, HC 278.584 – SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

4 – CONCLUSÃO

O sofrimento produzido pela prisão e a consequente degradação do sujeito criminalizado intensificam-se com a aplicação concreta do princípio da *less eligibility* e a consideração da pessoa presa como cidadã de segunda categoria, reificada.

O cárcere como espaço de não direito e a prevalência dos interesses de ordem e disciplina constituem a base fundamental para a permanente crise de legalidade que caracteriza a execução penal no Brasil. A crise encontra-se estabelecida não apenas pela inobservância das mais básicas normas de direitos humanos relativas às condições materiais do aprisionamento, mas também pela sua faceta estritamente penal enquanto garantia do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, que igualmente não encontra amparo efetivo nos tribunais brasileiros.

Se no primeiro caso discute-se a medida em que a conduta do Poder Judiciário contribuiria para a consolidação da figura do cidadão de segunda categoria, diante da divisão de responsabilidade com outras esferas de poder, no segundo caso a aplicação isonômica do princípio da legalidade durante todas as fases da persecução penal é de responsabilidade exclusiva da atividade judicante, vez que independe de prestações positivas de outros domínios de poder estatal.

Com efeito, a construção jurídica do cidadão de segunda categoria não subsistiria sem o beneplácito do Poder Judiciário, que corrobora a cotidiana violação de direitos das pessoas presas, submetidas a condições de encarceramento absolutamente cruéis e degradantes. Tal fato fica elucidado quando os tribunais aplicam o *less eligibility* também às garantias penais fundamentais, como o princípio da legalidade, de modo a intensificar o sofrimento da pena na medida em que deixa o arbítrio punitivo livre de barreiras na execução penal.

A interpretação conferida pelos Tribunais Superiores ao princípio da legalidade na execução penal permite ilustrar o alcance atribuído aos direitos humanos em relação às pessoas criminalizadas e o papel exercido pelo Poder Judiciário nesse cenário, em cujo palco insiste em se reproduzir a mesma tragédia. ❖

5 – BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo: 2003.

BATISTA, Vera Malagutti. "O proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica." *In*, **Discursos Sediciosos**, v. 03. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.

CARVALHO, Salo de. "O (Novo) Papel dos 'Criminólogos' na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03". *In*, CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad**. Quito: Flacso, 2009.

_____; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos**. *La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.